

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

CLEIDE COITINHO NASCIMENTO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ATENDIMENTO AO FLAGRANTEADO
FRENTE AO SISTEMA CARCERÁRIO CONTEMPORÂNEO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL – RO

2017

CLEIDE COITINHO NASCIMENTO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ATENDIMENTO AO FLAGRANTEADO
FRENTE AO SISTEMA CARCERÁRIO CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles, sob a orientação da Professor Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho.

CACOAL – RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Fundação Universidade Federal de Rondônia

Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

N244e Nascimento, Cleide Coitinho .

A audiência de custódia no atendimento ao flagranteado frente ao sistema
carcerário contemporâneo / Cleide Coitinho Nascimento. -- Cacoal, RO,
2017.

69 f.

Orientador(a): Prof. Esp. Antônio Paulo dos Santos Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação
Universidade Federal de Rondônia

1. Prisão. 2. Audiência de custódia. 3. Convenção Americana de Direitos
Humanos. 4. Processo penal. I. Santos Filho, Antônio Paulo dos. II. Título.

CDU 343

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ATENDIMENTO AO FLAGRANTEADO
FRENTE AO SISTEMA CARCERÁRIO CONTEMPORÂNEO**

Por:

CLEIDE COITINHO NASCIMENTO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles - Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Mediante a Banca Examinadora Formada por:

Professor Esp. Antônio Paulo dos Santos Filho – UNIR - Presidente

Professor(a) – UNIR - Membro

Professor(a) – UNIR - Membro

Conceito: 9,1_____.

Cacoal, 20 de julho de 2017.

Dedico este trabalho, com muito carinho, aos meus amados pais Jucelino e Maria das Graças minhas inspirações... ao meu esposo Lindomar sempre presente e pronto a me apoiar... as minhas filhas Karen Bianca e Maya Lorena que sempre motivaram meus sonhos, a razão do meu viver.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, Onipotente, Onisciente e Onipresente!

Aos meus pais! Que de suas maneiras nunca deixaram de incentivar e estar presente em cada etapa. Amo vocês! Muito obrigada!

Lindomar, Karen Bianca e Maya Lorena, família querida. Fui agraciada por Deus por ter vocês em minha vida como parceiros. Sou muito grata!

Aos meus irmãos, Marcelo, Maurício e Márcia que muito se esforçam e apoiam um ao outro para o melhor desenvolvimento crescimento e aprendizado de cada membro dessa linda família!

Aos professores do Curso de Direito da UNIR em especial ao Professor Orientador Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho, que muito contribuiu para o desenvolvimento deste trabalho tão especial para a formação acadêmica. Obrigada!

A cada funcionário da UNIR, que contribuíram dentro de suas funções para o bom funcionamento do Campus, mantendo-o sempre em condições para nos receber e atender as nossas necessidades.

Aos amigos da turma, principalmente Catiúscia Sanára de Oliveira Silva, Cleiton Bragança Gonçalves, Matilde Moreira Cardozo e Valmir Medeiro Salvador e Heder Souza Inácio, que durante os cinco anos desta jornada compartilharam conhecimentos e experiências, proporcionaram intensos debates e pela amizade. Vocês são especiais!

Obrigada a todos que contribuíram para a conquista de mais este sonho!

A vida é *Ex Nunc*.

RESUMO

A Audiência de Custódia é uma via de contato da pessoa presa com o juiz, pouco tempo depois de sua prisão, que consiste no direito que a pessoa presa em flagrante possui de ser conduzida, sem demora à presença de uma autoridade judicial que irá analisar se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados e se a prisão em flagrante foi legal ou se deve ser relaxada (art. 310, I, do CPP), e se a prisão cautelar deve ser decretada (art. 310, II) ou se o preso poderá receber a liberdade provisória (art. 310, III) ou medida cautelar diversa da prisão (art. 319). Tal instrumento processual é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que ficou conhecida como "Pacto de San Jose da Costa Rica", promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92. Embora o Código de Processo Penal ainda não disponha de previsão sobre tema, em 15 de dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 213, regulamentou o procedimento da audiência de custódia.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Audiência de Custódia. Convenção Americana de Direitos Humanos. Processo Penal

ABSTRACT

The Custody Hearing is a way of contact of the person arrested with the judge, shortly after his arrest, which consists of the right that the person arrested in flagrante has to be taken, without delay to the presence of a judicial authority that will analyze The fundamental rights of that person have been respected and whether the arrest in the act has been lawful or whether it should be relaxed (article 310, I of the CPP), and whether the precautionary prison must be ordered (article 310, II) or if the prisoner May be granted provisional release (article 310, III) or a precautionary measure different from the prison (article 319). Such a procedural instrument is provided for in the American Convention on Human Rights (ACHR), which became known as the "San Jose Pact of Costa Rica", enacted in Brazil by Decree 678/92. Although the Criminal Procedure Code does not yet have a provision on the subject, on December 15, 2015, the National Council of Justice, through Resolution 213, regulated the procedure for the custody hearing.

Keywords: Prison. Custody Hearing. American Convention on Human Rights. Criminal proceedings

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: Artigo

ADI.: Ação Direta de Inconstitucionalidade

CADH.: Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CF.: Constituição Federal

CP.: Código Penal

CPP.: Código de Processo Penal

CNJ.: Conselho Nacional de Justiça

CIDH.: Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNCP.: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

DJe.: Diário de Justiça Eletrônico

DPU.: Defensoria Pública da União

HC.: Habeas Corpus

Nº.: Número

ONU.: Organização das Nações Unidas

PIDCP.: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PLS.: Projeto de Lei do Senado

PT-RJ.: Partido do Trabalhadores do Rio de Janeiro

PMDB-MS.: Partido do Movimento Democrático do Mato Grosso do Sul

STF.: Supremo Tribunal Federal

STJ.: Superior Tribunal de Justiça

TJSP.: Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRISÕES NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO	12
1.1 CONCEITO	12
1.1.1 Fundamento constitucional da prisão e suas formalidades	17
1.2 ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR.....	21
1.2.1 Prisão em flagrante.....	24
1.2.2 Prisão preventiva	29
1.2.3 Prisão temporária	30
1.2.4 Prisão domiciliar.....	33
1.2.5 Medidas cautelares diversas da prisão	33
1.2.6 Liberdade provisória.....	34
2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES.....	36
2.1 O DESRESPEITO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ANTE A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PRISÃO.....	38
2.2 APLICAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL	41
2.3 A PRISÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	44
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	49
3.1 CONCEITO	49
3.2 FUNDAMENTOS LEGAIS.....	50
3.3 FUNCIONAMENTO	56
3.4 BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LEGALIDADE PRISIONAL	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

Audiência de Custódia tem como finalidade garantir ao preso em flagrante o contato com o juiz nas primeiras 24 horas após sua prisão; e dessa forma esse contato permite ao juiz obter do preso informações pessoais acerca de eventuais abusos de poder, que não costumam ficar registradas no auto de prisão em flagrante ou mesmo da insignificância da conduta que somente seria verificada em audiência preliminar, de tal sorte que possa averiguar, com mais segurança, a legalidade e necessidade da prisão, e assim constatar eventuais violações aos direitos fundamentais do preso.

Pois no contexto, o atual Código de Processo Penal tem se mostrado ineficiente, uma vez que não há um controle judicial célere e tampouco efetivo sobre a legalidade e necessidade da prisão cautelar. Ademais, urge a necessidade de ser verificado pelo juiz se houve uma eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa detida, podendo assim, o magistrado, se for o caso, determinar a apuração imediata de qualquer abuso que possa ter ocorrido.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia da audiência de custódia, sob a ótica dos princípios da efetividade, legalidade e dignidade da pessoa humana, verificando até que ponto a implantação desse procedimento pode contribuir para a melhoria do sistema carcerário brasileiro e para conter a banalização no uso das prisões cautelares no País. Para tal, será utilizado o método dedutivo, e como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica, desta maneira pretende-se apresentar conclusões necessariamente verdadeiras de acordo com suas premissas.

O tema será tratado em três capítulos, sendo que o primeiro abordará as prisões cautelares no atual contexto brasileiro, o segundo examinará o sistema prisional brasileiro e a banalização das prisões cautelares e o terceiro e último capítulo apreciará o projeto audiência de custódia abordando seu conceito, funcionamento e benefícios.

1 PRISÕES NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

Com o advento da Lei n. 12.403/2011 a decretação da prisão provisória passou a exigir de maneira mais enfática a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo, tornou-se medida excepcional o que significa que só será imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal.

Tal medida excepcional e gravosa exigiu que a partir de 2011 o processo penal brasileiro promovesse diversas mudanças a fim de evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, quando não houver necessidade da prisão. Tendo em vista o crescente número de presos provisórios no país. Diante disso, no presente tópicos serão abordados os principais preceitos legais da prisão provisória no Brasil.

1.1 CONCEITO

Prisão é a supressão legal da liberdade de locomoção de alguém, que se perpetua por ordem legal. Nesse sentido aponta Lima (2017, p. 863):

A palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo “prisão” é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (CF, art. 5º, inciso LXVI; CPP, art. 288, *caput*).

No sentido que mais interessa ao direito processual penal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar definidos em lei (CF, art. 5º, LXI).

Na esfera penal a prisão, importa em duas espécies: a prisão pena ou penal e a prisão processual ou provisória. A prisão penal ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo, portanto o cumprimento da pena imposta. O que para Távora e Alencar (2017, p. 891) significa que a prisão pode:

[...] advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Por outro lado tem-se a prisão cautelar, processual ou provisória que somente ocorre antes da sentença condenatória, ou seja, durante o curso do processo. E que tem como espécie as prisões: em flagrante, preventiva e temporária. Nesse ponto ensinam Távora e Alencar (2017, p. 891-892):

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Acerca dessa classificação verifica-se que a prisão deve ser um meio excepcional a ser utilizado pela justiça o que torna evidente que sua utilização não é um fim, mas um meio. Isso é o que ensina Nucci (2014, p. 57):

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio.

Ademais, dentro da classificação de prisão pena e prisão sem pena se faz necessário mencionar os ensinamentos de José Frederico Marques que aponta a utilização das expressões prisão *carcer ad poenam* e prisão *carcer ad custodiam* estás que remontam da época dos Tribunais espanhóis da Inquisição é o que leciona Marques, (2015, *apud* Távora; Alencar, 2017, p. 301):

Ambas expressões remontam à época dos tribunais espanhóis da Inquisição, conferiam à prisão o qualificativo de castigo, inspiradas no direito canônico. José Frederico Marques nos informa essa origem histórica, para explicar a distinção clássica entre:

- 1) prisão *carcer ad poenam*: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-pena), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o consequente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;
- 2) prisão *ad custodiam*: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante).

Acerca da prisão-pena, que é aquela que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, em que pese a exigência de sentença condenatória com trânsito em julgado, recentemente o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica, mudou sua posição, passando a admitir o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e que isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. É o que aponta o *Habeas Corpus* 126292/SP, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016 (BRASIL, 2016):

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.

Nota-se que a prisão pena no âmbito processual até a mudança de entendimento da Suprema Corte tinha como fundamento a não admissão da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, uma vez que ofende o princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência) esse era o entendimento adotado pelo STF desde o *leading case Habeas Corpus* 84078, de Relatoria do Ministro Eros Grau julgado em 05/02/2009 (BRASIL, 2009). Sobre isso esclarece Lima (2017, p. 793):

Prisão penal (*carcer adpoen am*): a prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade. Recentemente, porém, os Tribunais Superiores passaram a admitir a execução provisória da pena a partir do momento em que for proferido um acórdão condenatório recorrível por Tribunal de 2ª instância. [...] Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade. Conquanto sua utilização venha sendo reduzida ao mínimo necessário, é um mal necessário do qual ainda não podemos prescindir (grifo do autor).

É importante citar que além das classificações apresentadas, a prisão no direito brasileiro também contém a chamada prisão extrapenal que não têm natureza criminal e que tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar.

Sobre a prisão civil a Constituição estabelece que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia

e a do depositário infiel (CF, art. 5.º, LXVII). Trata-se de uma norma que protege direta e imediatamente a liberdade individual de locomoção, mas que admite ser restringida nas duas hipóteses constitucionalmente previstas. A prisão civil por dívida vale notar, não decorre diretamente da Constituição, devendo ser tipificada por lei. O dispositivo constitucional apenas contempla a possibilidade de previsão legal desta espécie de prisão civil nas hipóteses mencionadas. O constitucionalista Novelino (2014, p. 173) explica no caso do depositário fiel o seguinte:

No caso do depositário infiel, a prisão tem como fundamento dois diplomas legais. O Decreto-Lei 911/1969, ao estabelecer normas de processo sobre alienação fiduciária, dispõe que o devedor que alienar, ou dar em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista para o crime de *disposição de coisa alheia como própria* (DL 911/1969, art. 1.º, § 8.º), qual seja pena de reclusão, de 1 a 5 anos, e multa (CP, art. 171, § 2.º, I). Por sua vez, o Novo Código Civil estabelece que, seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 ano, além de ter que ressarcir os prejuízos (Lei 10.406/2002, art. 652). A prisão civil do depositário infiel, no entanto, não está sendo admitida em virtude da hierarquia *supralegal* conferida aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à promulgação da EC 45/2004. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que “a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”. Após este posicionamento ter se consolidado, foi editada a Súmula Vinculante 25/STF (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”) (grifo do autor).

Sendo assim, atualmente a única hipótese de prisão civil por dívida admitida no direito brasileiro é a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não podendo ser decretada no caso de depositário infiel, independentemente de se tratar de alienação fiduciária, contrato de depósito ou depósito judicial. A prisão civil por dívida apenas no caso de não cumprimento de obrigação alimentar, está contemplada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, § 7), ambos com *status* supralegal, mas infraconstitucional conforme leciona Novelino (2014, p. 173-174).

Há que mencionar que anteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, havia a previsão das chamadas prisões administrativas, contudo, tendo em conta que atualmente, salvo nas exceções constitucionalmente previstas, apenas autoridade judiciária e não mais autoridade administrativa pode decretar prisão. Sobre isso esclarece Lima (2017, p. 78):

Inicialmente, cabe lembrar que, nas hipóteses de Estado de Defesa (CF, art. 136, § 3º) e de Estado de Sítio (CF, art. 139, incisos I e II), autoridades não judiciárias poderão decretar restrições à liberdade de locomoção independentemente de prévia autorização judicial.

[...] sempre pensamos que, diante da Constituição de 1988, e à exceção das hipóteses do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, não havia mais espaço para a, prisão administrativa no ordenamento pátrio. Se a Carta Magna determina que, pelo menos em regra, a prisão de alguém depende de prévia autorização judicial, não se pode argumentar no sentido da subsistência da prisão administrativa.

Portanto, em situações de normalidade, a titularidade para decretação da prisão é exclusiva de autoridades judiciárias, salvo nos casos de flagrante delito e de transgressões ou crimes militares. Outra hipótese de prisão não penal é a prisão disciplinar ordenada por autoridade militar em casos de transgressões militares, prevista nos arts. 5.º, LXI, e 142, § 2.º, CF. Nesse ponto explica Novelino (2014, p. 173):

A prisão disciplinar, em razão da expressa ressalva feita pela Constituição, poderá ser decretada por autoridade administrativa nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A exceção se justifica em razão da peculiar estrutura das forças armadas, baseada na hierarquia e disciplina (CF, art. 142). Por este motivo, a Constituição afasta também o cabimento de *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares militares (CF, art. 142, § 2.º), o que não impede que este *writ* seja conhecido quando ausentes os pressupostos de sua legalidade.

[...] Cabe ao Chefe do Poder Executivo regulamentar as hipóteses de transgressões militares (Decreto 4.346/2002 e Anexo I), conforme delegação dada pelo art. 47 da Lei 6.880/1980, recepcionado pela Constituição de 1988.

Por fim, a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) prevê prisão para fins de deportação e expulsão (arts. 61 e 69), que após a CF/1988 devem ser decretadas por autoridade judiciária – juiz federal (e não autoridade administrativa, como dita na lei, uma vez que a ordem constitucional não mais permite prisão que não seja judicial), pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias. Ensina Lima (2017, p. 868-869):

A prisão do estrangeiro para fins de extradição só poderá ser decretada pelo Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, por ser a Suprema Corte o órgão jurisdicional competente para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por estado estrangeiro (art. 102, I, g, da CF). Por isso, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.878/13, sempre se entendeu que o art. 81 da Lei nº 6.815/80, cuja redação original atribuía ao Ministro da Justiça o poder de decretar a prisão do extraditando, não fora recepcionado pela Constituição Federal, porquanto incompatível com o inciso LXI do art. 5º.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.878 em data de 05 de novembro de 2013, esse entendimento doutrinário e jurisprudencial acabou sendo positivado pelo legislador. Por força da nova redação conferida ao art. 82, *caput*, da Lei nº 6.815/80, o Estado interessado na extradição poderá, em caso de urgência e antes da formalização do pedido de extradição, ou conjuntamente com este, requerer a prisão cautelar do extraditando por via diplomática ou, quando previsto em tratado, ao Ministério da

Justiça, que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em Tratado, representará ao Supremo Tribunal Federal.

De modo geral a prisão enquanto instrumento cerceador da liberdade também encontra fundamento no Art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal (alterado pela Lei nº 12.403/11) que passou a dispor que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva" (BRASIL, 1941). Verifica-se que o dispositivo indica as espécies de prisão admitidas no âmbito criminal: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, espécies de prisão cautelar, e a prisão decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

1.1.1 Fundamento constitucional da prisão e suas formalidades

O doutrinador Nucci (2014, p. 57) ensina que o direito à liberdade, como um dos principais direitos humanos fundamentais, somente pode ser cerceado, de maneira legítima, quando houver a aplicação da prisão-pena, fruto de condenação, com trânsito em julgado. Neste compasso, diante da premissa que a liberdade é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil conforme dispõe a Constituição da Federal de 1988 em seu art. 3º, inciso I, pode-se afirmar que a prisão é exceção.

A Carta Magna tratou de proteger os direitos fundamentais básicos, especialmente a liberdade de locomoção, contra eventuais arbitrariedades de autoridades públicas que foram consagrados em diversos dispositivos referentes à prisão (CF, art. 5.º, incisos LXI a LXVIII). Em qualquer hipótese na qual seja constatada sua ilegalidade, a prisão deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5.º, LXV). O instrumento destinado a proteger a liberdade individual de locomoção contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder é o *habeas corpus* (CF, art. 5.º, LXVIII).

Temos que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5.º, LXI). A necessidade de a ordem ser escrita visa à comprovação da existência da ordem e de sua legitimidade. A fundamentação, enquanto imperativo do Estado constitucional democrático, deve estar presente em toda e qualquer decisão judicial, sob pena de sua nulidade (CF, art. 93, IX).

Acerca das disposições constitucionais ensina Novellino (2014, p. 172):

Em situações de normalidade, com exceção das hipóteses de flagrante delito e de transgressão ou crime militar, a partir da atual Constituição a titularidade para decretar a prisão passou a ser exclusiva do Poder Judiciário. A referência à “autoridade judiciária competente” é interpretada no sentido de que as hipóteses de prisão estão submetidas à cláusula da *reserva constitucional de jurisdição*, a qual restringe à esfera única de decisão dos magistrados a prática de atos cuja realização, em virtude de expressa determinação constitucional, somente pode emanar do juiz, nunca de outras autoridades. Nos termos da jurisprudência do STF, além da prisão, estão submetidas a esta cláusula as ordens de invasão de domicílio (CF, art. 5.º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5.º, XII) e de quebra do sigilo imposto a processo judicial (CF, art. 5.º, LX).

A Constituição ainda prevê a necessidade de informar a parentes e amigos sobre o paradeiro da pessoa detida, bem como assegurar a esta a observância dos direitos e garantias fundamentais – como a assistência por um advogado (CF, art. 5.º, LXIII) e a ampla defesa (CF, art. 5.º, LV) –, evitando a manutenção de um eventual cerceamento ilegal ou arbitrário de sua liberdade de locomoção, a Lei Maior determinou que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (CF, art. 5.º, LXII).

Por fim, ainda no que se refere a previsão constitucional há como decorrência da preocupação com os reprováveis procedimentos adotados no regime anterior (ditadura) e corolário do próprio Estado constitucional democrático, o constituinte teve a cautela de prever explicitamente que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (CF, art. 5.º, LXIV).

Em se tratando da prisão processual além dos enunciados constitucionais verifica-se que para a realização da mesma é necessário à aplicação de formalidades legais, utilizadas com o fim de evitar abusos e excessos. Há diversas formalidades previstas no Código de Processo Penal para a efetivação de uma prisão processual, estas estão elencadas nos artigos 283 a 300.

Vale a pena destacar algumas delas: sobre o Mandado de Prisão este deve ser feito através de ordem judicial escrita e fundamentada (art. 283, caput, do CPP), para aplicação da prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, com exceção apenas da prisão em flagrante. Távora e Alencar (2017, p. 301) esclarecem:

O mandado judicial é o título a viabilizar a realização da prisão, ressalvadas as hipóteses que o dispensam, devendo atender aos seguintes requisitos:

- será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade, que obrigatoriamente deve ser a competente, sob pena de ilegalidade manifesta da prisão;

- designará a pessoa que tiver de ser presa pelo nome, alcunha ou sinais característicos, o que deve ser feito de forma clara e objetiva, para que se preserve a eficiência na execução;
- indicará o valor da fiança, nas infrações que a comportem, evitando assim o cárcere em razão daqueles que têm direito à liberdade provisória;
- será dirigido ao responsável pela execução da prisão.

O mandado será passado em duas vias, sendo uma entregue ao preso, informando dia, hora e o local da diligência (nota de culpa). A outra ficará com a autoridade, devidamente assinada pelo preso, como recibo. Caso o preso não possa, não queira ou não saiba assinar, esta omissão será suprida com a utilização de duas testemunhas, que assinarão declaração mencionando tal circunstância.

Quanto ao horário da prisão, por força do art. 283, § 2º, do CPP, a prisão pode ser efetuada em qualquer dia e hora, respeitando apenas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio previstas no art. 5º, XI, da CF/88 e art. 150, § 3º, do Código Penal Brasileiro. Registre-se ainda que o conceito de domicílio é aquele previsto no art. 150, § 4º, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), leia-se:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

[...]

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Ademais ressalta Távora e Alencar (2017, p. 301), que o mandado de prisão deve se fazer acompanhar por autorização judicial para o ingresso domiciliar. Não bastaria a mera ordem prisional para que o domicílio pudesse ser invadido. É essencial que a autoridade judicial especifique em que residência a diligência será realizada, cumprindo a exigência do art. 243, inciso I do CPP.

Acerca do uso da força, prevê o art. 284 do CPP, que o emprego da força no cumprimento da prisão é medida excepcional, utilizada apenas para conter eventual resistência ou tentativa de fuga. Em havendo emprego de força, deve ser lavrado um auto de resistência, com a assinatura de duas testemunhas (art. 292 do CPP). De qualquer forma, a força empregada (se moderada) implica ou legítima defesa (se a resistência do preso foi ativa) ou estrito cumprimento do dever legal (se a resistência do preso foi passiva), afastando qualquer alegação de prática de crime por parte do agente. Já o preso que se utiliza da força poderá cometer crimes de resistência (art. 329 do CP), desobediência (art. 330 do CP) ou até evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352 do CP).

Sobre o uso da força pondera Távora e Alencar (2017, p. 303):

A autoridade policial deve garantir o cumprimento do mandado de prisão, ou a efetivação da prisão em flagrante. É de rigor o acautelamento para que a diligência seja a menos traumática possível, e a situação de tensão possa ser evitada. No cumprimento de mandado para a captura de vários indivíduos, por exemplo, deve-se garantir o número de policiais necessários para a segurança do procedimento, evitando-se, a todo custo, medidas extremas, que podem ser ocasionadas pela imperícia no planejamento.

No que se refere à prisão em perseguição do réu esta deve ocorrer nas seguintes hipóteses: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista (art. 290, § 1º, alínea "a", do CPP); b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço (art. 290, § 1º, alínea "b", do CPP). Além disso, se a perseguição passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso (art. 290, caput, do CPP). Por cautela, quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida (art. 290, § 2º, do CPP). Távora e Alencar (2017, p. 322) acrescentam:

Se o infrator estiver fora do país, a realização da prisão deve atender às leis ou tratados que dizem respeito à extradição. Já se o mesmo se encontra no território nacional, em local diverso da jurisdição da autoridade judicial que expediu o mandado, poderá ser deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. Havendo urgência, pode-se dispensar a expedição de precatória, nos termos do § 1º, do art. 289, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, podendo o juiz requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

O art. 291 estabelece que a prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, apresente-lhe o mandado e o intime a acompanhá-lo. Se houver, ainda que da parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas (art. 292).

O art. 295 do CPP prevê a prisão especial para determinadas pessoas que serão recolhidas a quartéis ou à prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando tiverem que se submeter à prisão antes de condenação definitiva. Ademais prevê o Art. 295 do CPP que a prisão especial passou a consistir exclusivamente no recolhimento em local distinto da

prisão comum. Caso não exista estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

Por fim, vale salientar que o preso especial não será transportado juntamente com o preso comum e que os demais direitos e deveres serão os mesmos do preso comum.

Acerca da prisão domiciliar tem-se a previsão da Lei 5.256/1967 que previu que, caso não exista na localidade um estabelecimento adequado para se efetivar a prisão especial, será possível a concessão de prisão provisória domiciliar. De modo que para que o réu ou o indiciado permaneça detido em sua residência, o juiz considerará as circunstâncias do crime e ouvirá o Ministério Público.

Logo, o beneficiário não poderá se afastar da sua residência sem o consentimento do juiz e poderá ficar sob vigilância policial, desde que exercida com discrição e sem constrangimento para ele e sua família. Ao lado dessa, temos, também, a *prisão domiciliar* prevista no art. 318 do CPP, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011, cabível apenas, como já visto, ao maior de 80 anos, à pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave ou se for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, e, por fim, à gestante a partir do 7.º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Trata-se, é bom que se diga, de medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

1.2 ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL CAUTELAR

Como visto acima a prisão cautelar (provisória ou processual) consiste no encarceramento cautelar do indivíduo, antes de sentença penal definitiva. Na qual possui como espécies a prisão em flagrante, à prisão temporária e a prisão preventiva.

Acerca disso aponta Lima (2017, p. 793):

Prisão Cautelar (*carcer ad custodiam*): é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar esse risco.

Nesse trilhar verifica-se que a prisão cautelar é medida excepcional, não podendo ser decretada ante a qualquer situação, nesse sentido ensina Lima (2017, p. 793):

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. Tendo em conta a função cautelar que lhe é inerente - atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal - a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental.

No ano de 2011 o Código de Processo Penal foi objeto de grande reforma promovida pela Lei 12.403/2011, mais especificamente no Título IX do Livro I que antes da Lei era intitulado “Da prisão e liberdade provisória”, com o advento da Lei 12.403/2011 passou a ter o seguinte texto: “Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. A referida reforma pontuou a prisão *preventiva* como espécie do gênero das medidas cautelares de caráter pessoal, e, portanto, serão norteadas por princípios em comum, e terão os mesmos requisitos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Acerca disso, ensina Greco Filho (2012, p. 749):

A prisão processual tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar. Isso quer dizer que precisam estar presentes os pressupostos das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por essa razão, merece ser protegido. O *periculum in mora* é o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo.

Logo, a prisão processual passou a ser apenas uma das espécies do gênero medidas cautelares, tidas como quaisquer medidas decretadas judicialmente de forma antecipada, com a finalidade de resguardar determinado resultado útil futuro, desde que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Outro fundamento para aplicação das modalidades de prisão cautelar decorre da observância de três princípios conforme ensina Greco Filho (2012, p. 749):

Esse direito a preservar, de regra, é a aplicação da lei penal, mas pode ser a garantia da ordem pública ou a necessidade da instrução criminal. Daí decorre o primeiro princípio que rege a prisão processual: a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo à ordem pública ou necessidade para a instrução criminal. Esses são os requisitos substanciais para a decretação da prisão preventiva, mas que servem como parâmetro para a manutenção ou decretação de qualquer prisão pro-

cessual. O conteúdo e amplitude desses conceitos serão expostos no item sobre a prisão preventiva (61.3).

O segundo princípio é o de que a prisão deve ser necessária para que se alcance um daqueles objetivos. Não pode caber qualquer critério de oportunidade ou conveniência; o critério é de legalidade e de adequação a uma das hipóteses legais.

O terceiro princípio é o de que os fundamentos da prisão processual podem suceder-se, mas não se cumulam.

Ademais, é imprescindível apontar que o CPP, no seu art. 282, prevê, em linhas gerais, os requisitos que devem ser observados para a concessão de uma medida cautelar e são eles (BRASIL, 1941):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Por essa razão é possível concluir que o art. 282, incisos I e II do CPP, normatiza o princípio da proporcionalidade, verdadeiro norte a ser seguido para a fixação de toda e qualquer medida cautelar. Isso é o que ensina Marcão (2014, p. 164) ao apontar critérios para aplicação das prisões cautelares:

O primeiro critério a ser observado é o da necessidade da medida, que tem relação com a utilidade da restrição para a investigação ou instrução criminal, ou ainda, nos casos expressos em lei, para evitar a prática de infrações penais, como ocorre nas situações que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher; violência em estádios de futebol por integrantes das denominadas torcidas organizadas etc.

Outro critério expresso é o da adequação.

Por aqui, adequação tem o sentido de proporcionalidade e razoabilidade, remetendo à ideia de individualização da medida, que deverá ser escolhida levando em conta a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, para que não se revele inócua.

Não se pode perder de vista, ainda, que a imposição de medidas cautelares reclama observância ao princípio da legalidade, pois não se admite a fixação de alternativas outras, diversas daquelas taxativamente listadas, cuja execução está limitada à pessoa do agente por força de interpretação extensiva que se deve dar ao princípio da intrascendência, segundo o qual a pena não poderá passar da pessoa do acusado.

Verifica-se, que o Código de Processo Penal possui além das prisões processuais, outras medidas cautelares, as quais se encontram elencadas no art. 319 do CPP e reguladas pelos artigos 320 e seguintes. Nesse ínterim, chama a atenção, que a prisão processual se tornou medida de extrema ou *ultima ratio* do sistema cautelar brasileiro, cabendo apenas se inócuas ou infrutíferas aquelas, o que, representa o atendimento ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Quanto às prisões processuais, Nucci (2016, p. 342) ensina que existem seis espécies de prisão cautelar, a saber: São seis, a saber: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

1.2.1 Prisão em flagrante

É a prisão que ocorre no momento em que uma infração penal está sendo cometida ou pouco tempo depois de seu cometimento. Segundo Távora e Alencar (2017, p. 905) referem-se:

Flagrante é o delito que ainda "queima", ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia.

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo (CAPEZ, 2016, p. 352). Nessa modalidade de prisão, dispensa-se a necessidade de ordem judicial (art. 5º, LXI, CF). Acerca disso acrescenta Novelino (2014, p. 173):

A prisão em flagrante é a única hipótese de prisão processual que dispensa a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. A rigor, trata-se de uma prisão *precautelar*, cujas finalidades principais são interromper a continuidade do evento criminoso e permitir a imediata colheita de provas. Para esse fim, a Constituição permite, inclusive, a invasão de domicílio, a qualquer hora, sem que seja necessária ordem judicial (CF, art. 5º, XI).

Isso se deve ao fato de que a prisão em flagrante pode ser observada de maneira manifesta, evidente por qualquer pessoa do povo, dispensando-se, portanto, a análise por parte de um juiz de direito. É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem

é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção (CAPEZ, 2016, p. 352).

Portanto, apenas se converte em ato judicial no momento em que ocorre a sua comunicação ao Poder Judiciário, a fim de que seja analisada a legalidade da detenção e adotadas as providências determinadas no art. 310 do CPP. Logo, a prisão em flagrante deverá ser submetida à análise judicial de sua legalidade, nos termos do art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal.

Segundo Lima (2017, p. 926) a prisão em flagrante possui as seguintes funções:

- a) evitar a fuga do infrator;
- b) auxiliar na colheita de elementos informativos: persecuções penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costumam ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o *dominus litis* na comprovação do fato delituoso em juízo;
- c) impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art. 302, inciso I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (CPP, art. 302, incisos II, III e IV);
- d) preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento.

Por ter natureza cautelar, a prisão em flagrante, para ser efetivada, exige apenas a aparência de tipicidade, não se exigindo, pois, nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade (LIMA, 2017, p. 926). Desse modo, a tipicidade é a fumaça do bom direito dessa espécie de prisão. Contudo, cabe aqui a ponderação da autoridade policial como bem afirma Avena (2017, p. 639)

Mas, atenção: muito embora o fato típico, como dissemos, autorize a prisão em flagrante, não se pode olvidar que, em dadas circunstâncias, deve prevalecer o bom senso. E, para tanto, a despeito da literalidade do art. 301 do CPP, no sentido de que as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, deve-se considerar a existência de uma margem subliminar de discricionariedade, capaz de elidir imputações abstratas de omissão no dever de ofício, caso se abstenha a autoridade policial de realizar a prisão em flagrante, preterindo essa conduta em face de outras diligências investigatórias. Estamos nos referindo às situações em que a presença de excludentes de ilicitude se mostrar evidente, notória, sem margem para dúvidas, assim constatado no momento da abordagem realizada pela autoridade policial, levando em consideração o seu conhecimento e experiência no exercício da profissão.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a prisão em flagrante não autoriza por si só que o agente permaneça preso ao longo de todo o processo. Devendo para tanto cumprir as regras dos arts. 310 e 312 do CPP (BRASIL, 1941):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O Código de Processo Penal prevê três modalidades de flagrante: Flagrante próprio (art. 302, II): a expressão “acaba de cometê-la” tem sentido de absoluta imediatividade, inocorrendo qualquer espaço de tempo entre o início dos atos de execução ou consumação da infração penal e o momento em que o agente é surpreendido por terceiros. Sobre isso ensina Távora e Alencar (2017, p. 906):

Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo. São as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 302 do CPP.

Flagrante impróprio (art. 302, III): a expressão “logo após” tem sentido de relativa imediatividade entre a consumação da infração e o início dos atos de perseguição. Compreende, enfim, o tempo necessário para que sejam adotadas as primeiras medidas visando à descoberta do crime, à identificação de seu autor e às providências iniciais de perseguição. Acerca disso leciona Capez (2016, p. 353):

Flagrante impróprio (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (CPP, art. 302, III). No caso do flagrante impróprio, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso precedente (“acaba de cometê-la”). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.

Flagrante presumido (art. 302, IV): a expressão “logo depois” permite o decurso de hiato temporal superior ao do flagrante impróprio entre a prática do delito e o momento em que localizado o agente. Acrescenta Lima (2017, p. 934):

Segundo parte da doutrina, a expressão logo depois constante do inciso IV não indica prazo certo, devendo ser compreendida com maior elasticidade que logo após (inciso III). Deve ser interpretada com temperamento, todavia, a fim de não se desvirtuar a própria prisão em flagrante. Com a devida vênia, pensamos que a expressão logo depois (CPP, art. 302, IV) não é diferente de logo após (CPP, art. 302, III), significando ambas uma relação de imediatidade entre o início da perseguição, no flagrante impróprio, e o encontro do acusado, no flagrante presumido. Na verdade, a única diferença é que, no art. 302, III, há perseguição, enquanto que, no art. 302, IV, o que ocorre é o encontro do agente com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração.

Caso o agente seja encontrado com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração, porém algum tempo após a prática do delito, deve a autoridade policial deixar de dar voz de prisão em flagrante, sem prejuízo, no entanto, da lavratura de boletim de ocorrência e posterior instauração de inquérito policial.

A doutrina aponta ainda outras modalidades de flagrante, que são: Flagrante preparado ou provocado: acontece quando o indivíduo é induzido ou instigado pela polícia (ou terceiros) a praticar o crime e, ao cometê-lo, é preso em flagrante. Ao mesmo tempo em que se incita o indivíduo a delinquir, são tomadas todas as providências para impedir a consumação do crime. Essa modalidade de prisão, além de ser considerada ilegal, configura hipótese de crime impossível (Súmula 145, STF) é o que ensina (NUCCI, 2017, p. 353).

Flagrante esperado: ocorre quando o policial ou o particular, tomando conhecimento da prática de crimes em determinado local, fica a esperar que a conduta delituosa seja cometida para então efetuar a prisão. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível (CAPEZ, 2016, p. 354).

Flagrante diferido ou retardado é a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, dos componentes e da atuação de uma organização criminosa. (Nucci, 2017, p. 353). A Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) prevê outra espécie de flagrante, o prorrogado (ou retardado, ou protelado), que consiste em adiar a intervenção policial, desde que a atividade dos agentes seja mantida sob observação e acompanhamento, aguardando-se o momento mais oportuno para a efetivação da prisão e a colheita de provas (art. 3.º, III, da referida lei). Também é admitido na nova Lei de Drogas (art. 53, II, da Lei 11.343/2006). O flagrante retardado de que ora se trata é também denominado pela doutrina de ação controlada. Exige-se, todavia, para sua realização, autorização judicial, nos moldes previstos pelo parágrafo único, do art. 53 da Lei de Drogas.

E o flagrante forjado, que ocorre quando o policial (ou terceiro) cria provas com o objetivo de incriminar uma pessoa inocente o que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro, além de, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade.

Por fim, nos termos do art. 306 do CPP, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. Ainda, dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Caso a nota de culpa não seja entregue ao acusado, o flagrante deverá ser relaxado por falta de formalidade essencial.

Acerca disso explica Capez (2016, p. 336-337):

[...] Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão. O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva. Não havendo fundamento para a prisão preventiva, o agente deverá ser solto e responder ao processo em liberdade.

Cabe aqui ressaltar a implementação do projeto audiência de custódia na qual a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto 03/2015 passou a exigir a execução de Audiências de Custódias a fim de dar cumprimento ao art. 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Exigindo assim que todo preso em flagrante deve ser levado, pessoalmente, e sem demora, à presença da autoridade judicial competente para avaliar a legalidade ou necessidade de sua prisão, de modo que em vez de ser encaminhado à Justiça apenas o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, como manda o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), o próprio preso já será apresentado em Juízo juntamente com o auto flagrancial.

1.2.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa resguardar os interesses sociais de segurança, podendo ser decretada, nos moldes da nova redação dada ao art. 311 do CPP pela Lei 12.403/2011, pelo juiz, de ofício, desde que no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação e, ainda, por meio de representação da autoridade policial, evidentemente na fase de inquérito.

Acerca de sua natureza jurídica ensina Capez (2016, p. 367):

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.

No que se refere aos seus pressupostos exige-se que a prisão seja decretada somente quando houver prova da existência (materialidade) do crime e indícios suficientes da autoria (art. 302, *caput*, do CPP), configurando, assim, o *fumus boni iuris* que justifica a medida (BRASIL, 1941).

Em se tratando dos fundamentos para concessão da prisão preventiva são os motivos ou os elementos que indicam a necessidade da medida, configurando o *periculum libertatis* (art. 312 do CPP) é o que ensina Lima (2017, p. 916):

- a) garantia da ordem pública (em decorrência da periculosidade do réu para a sociedade e da gravidade da infração, muito embora tais fatores, de acordo com o STF, devam ser comprovados no caso concreto, não bastando a mera “gravidade em abstrato” do delito),
- b) conveniência da instrução criminal (quando o réu dificulta ou inviabiliza a prova processual como, por exemplo, na hipótese em que ameaça as testemunhas),
- c) para a garantia da futura aplicação da lei penal (quando o réu está foragido ou prestes a foragir, inviabilizando o futuro cumprimento da pena) e
- d) para a garantia da ordem econômica (nos crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro e a ordem econômica). Basta que apenas um desses fundamentos (letras a,b,c ou d) esteja presente.

Por sua vez, as condições de admissibilidade prisão preventiva são aquelas previstas no art. 313, incisos I a III, e parágrafo único, do CPP, e admite-se a decretação da prisão preventiva nos seguintes casos: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade má-

xima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (CAPEZ, 2016, p. 916-917)

Ressalta-se que é admissível a decretação de prisão preventiva não apenas nos crimes dolosos punidos com reclusão, mas, qualquer que seja a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), desde que a pena máxima cominada supere quatro anos, bem como em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, consoante dispõem os arts. 282, § 4.º, e 312, parágrafo único, do CPP. O que representa verdadeira prisão-sanção, ou seja, decorrente da inobservância, pelo indiciado ou acusado, das medidas cautelares diversas da prisão. Se as descumprir, verificar-se-á a inidoneidade delas, o que ensejará o decreto de prisão preventiva (BRASIL, 1941).

1.2.3 Prisão temporária

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, com prazo de duração preestabelecido, destinada à tutela das investigações preliminares, podendo ser decretada pela autoridade judiciária competente, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (NOVELINO, 2014, p. 174).

Junior, (2014, p. 234) leciona que sua criação se deu em meio a um novo contexto institucional após a promulgação da Constituição Federal de 1988:

A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” dos suspeitos. Há que se considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”. Daí por que o que representava um grande avanço democrático foi interpretado pelos policiais como uma castração de suas funções.

A pressão foi tão grande que o Presidente José Sarney cedeu e, em 21/12/1989, foi institucionalizada a prisão para averiguações, agora com o nome de “prisão temporária” (como se existisse prisão perpétua...).

Desta feita, verifica-se que a prisão temporária, prevista na Lei 7.960/1989, é uma medida acautelatória de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, que se presta a possibilitar a investigação de crimes considerados graves durante a fase investigação criminal, ou seja, tanto no inquérito policial como em outras formas de apuração delitiva. Não sendo cabível sua decretação na fase judicial da persecução penal. Sobre isso ensina Nucci (2016, p. 348) ensina que a prisão temporária trata-se de:

Uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação (ver destaque abaixo), que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.

A decretação da prisão temporária será feita somente pelo juiz, em face de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, não se admitindo, o requerimento do assistente de acusação para tanto, uma vez que a referida medida cautelar não é admitida na fase da ação penal. Sublinhe-se que não se admite decreto de prisão temporária de ofício pelo magistrado.

Impede destacar que a prisão temporária representa importante instrumento de combate a criminalidade o que por sua vez não afasta as críticas da doutrina que defendem que sua aplicação representa violação ao princípio da presunção da inocência, de modo contrário esclarece Demercian e Maluly (2014, p. 667):

A prisão temporária representa um avanço no combate à criminalidade, máxime a organizada, na medida em que assegura à polícia judiciária instrumento para, legalmente, custodiar suspeitos durante as investigações (evitando a execrada “prisão para averiguações”, uma forma explícita de abuso de autoridade), embora o aqodamento do legislador, diante dos emergentes reclamos sociais então existentes, tenha redundado numa lei que, no mínimo, peca pela ausência de técnica processual penal. A prisão temporária, disposta na Lei nº 7.960/1989, como outras formas de prisão já conhecidas (prisão em flagrante, por pronúncia, preventiva, prisão para expulsão de estrangeiros), tem natureza eminentemente cautelar. É nesse pensar que, mesmo em face de judiciosas sustentações em sentido contrário, cabe ressaltar, desde logo, que não se trata de forma de prisão inconstitucional, por não decorrer de sentença penal condenatória com trânsito em julgado e, portanto, por supostamente ferir o “Princípio do Estado de Inocência” (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Seu prazo de duração será de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2.º da Lei 7.960/1989). Quando se tratar de crimes hediondos e os equiparados, o art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/1990 determina que o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogáveis por igual período também em caso de extrema e comprovada necessidade.

Para decretação dessa prisão é preciso conjugar as hipóteses taxativas do Art. 1º da Lei 7.960/1989 (BRASIL, 1989):

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Ainda acerca das hipóteses de incidência o art. 2º, §4º prevê a Lei 8.072/90, complementando o art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, afirma que tal prisão cabe também nos casos de crimes hediondos e equiparados. De acordo com o art. 3.º da Lei 7.960/1989, os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

1.2.4 Prisão domiciliar

A Lei 12.403/2011 criou a prisão domiciliar, para a fase processual, prevendo hipóteses de cumprimento da prisão preventiva em residência, fora do cárcere fechado. (NUCCI, 2016, p. 374). Nesse sentido ensina Távora e Alencar (2017, p. 956):

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força de lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente.

A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.

Ademais, o art. 318 do CPP prevê os seguintes casos para concessão: a) maior de 80 (oitenta) anos; b) pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; c) agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos ou com deficiência; d) gestante a partir do sétimo mês ou sendo a gravidez de alto risco. Exige-se prova idônea de qualquer dessas situações (art. 318, parágrafo único, CPP) (BRASIL, 1941).

1.2.5 Medidas cautelares diversas da prisão

A Lei 12.403/2011 instituiu no processo penal brasileiro que a prisão é medida excepcional, ou seja, *ultima ratio*, podendo ser substituída por outras medidas cautelares não restritivas da liberdade, em consonância com o texto constitucional. Uma vez que a liberdade deve ser a regra.

Nessa linha, o art. 319 do CPP prevê as seguintes medidas cautelares diversas da prisão (BRASIL, 1941):

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Além disso, o art. 320 do CPP traz mais uma medida cautelar, qual seja, a proibição de ausentar-se do país, que será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas (BRASIL, 1941).

Por fim, o art. 318 do CPP, como já exposto em tópico anterior prevê a prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão preventiva desde que cumprido os requisitos nela estabelecidos.

1.2.6 Liberdade provisória

A liberdade provisória tem por finalidade garantir ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer da persecução penal, vinculando-o ou não a determinadas obrigações. Tal instituto processual está disposto na Constituição Federal, art. 5.º, LXVI, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A mesma será sempre obrigatória se não preenchidos os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. A liberdade provisória apresenta duas modalidades: com fiança e sem fiança (art. 5.º, LXVI, da CF/1988, e art. 310, III, do CPP). Os requisitos da liberdade provisória com fiança são encontrados nos arts. 323 e 324 do CPP. A lei estabelece por exclusão os crimes afiançáveis (quando não proibida, será permitida a fiança).

Por sua vez, são inafiançáveis: os crimes de racismo; os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos; os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CAPEZ, 2016, p. 201); aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP; em caso de prisão civil ou militar; quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

A liberdade provisória sem fiança cabe em três situações conforme ensina Capez (2016, p. 200):

- a) infrações penais de que o agente *se livra solto* (quando ausente pena de prisão para o crime, quando prestar socorro ao ofendido em crimes de trânsito ou, no caso do Juizado Especial Criminal, se concordar em comparecer na audiência preliminar);
- b) presença de *excludente de ilicitude* (art. 310, *parágrafo único*, do CPP); e
- c) *ausência* dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 321 do CPP).

Já a liberdade provisória com fiança pode ser concedida pela autoridade policial ou pelo Juiz. A autoridade policial somente pode conceder fiança para infrações penais punidas com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, cabendo ao Juiz a apreciação da fiança nos demais casos (art. 322 do CPP), independentemente de audiência do Ministério Público (art. 333 do CPP).

A fiança impõe deveres a teor dos arts. 327 e 328 do CPP. São deveres da fiança: a) comparecimento a todos os atos do inquérito, da instrução e do julgamento; b) não poderá mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante; e c) não poderá ausentar-se por mais de 8 (oito) dias da residência sem prévia comunicação à autoridade do lugar em que será encontrado.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

A cultura do encarceramento representa no Brasil uma realidade que se traduz em números, no qual o Brasil testemunhou um impressionante aumento de 33% de sua taxa de aprisionamento em cinco anos, chegando em 2016, à média de quase 300 pessoas presas para cada cem mil habitantes segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016, p. 2).

Segundo ainda o CNJ em uma década, o Brasil viu dobrar o número de pessoas encarceradas, alcançando assim o quarto lugar no vergonhoso ranking dos países com os maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade CNJ (2016, p. 2). Sobre isso aponta Barros e Jordão (2004, p. 4):

O aumento da criminalidade violenta, do crime organizado, as ações de terrorismo no mundo provocaram internacionalmente um movimento na defesa do endurecimento das penas. Tal fato tem provocado o crescimento do número de presos nos mais variados Estados contemporâneos. Tal comportamento revela a crise que enfrenta o paradigma socializador que norteou por muito tempo o discurso sócio-jurídico.

Essa realidade se traduz nas prisões desumanas na qual a barbárie impera. Em todos os aspectos o quadro geral do sistema prisional é estarrecedor. O Brasil possui estruturas carcerárias ultrapassadas que não comportam o crescente número de presos, desta feita a grande maioria encontra-se em condições subumanas, ante a superlotação, a corrupção, o uso indiscriminado de drogas, as péssimas condições de higiene, a formação de organizações criminosas, a má distribuição no cumprimento da pena, o que gera uma qualificação criminal do apenado. No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro aponta dois problemas principais como demonstra Sá (1998, p. 117-118):

[...] de um lado, existem aqueles decorrentes da má gestão da coisa pública – em razão da falta de pessoal administrativo, de segurança, de agentes penitenciários com formação técnica e profissional; de outro, a falta de interesse político, o que resulta na precária infraestrutura dos presídios diante da superpopulação carcerária.

Dados do CNJ (2016, p. 6) dão conta que o Brasil possui 607.731 pessoas privadas de liberdade em unidades do sistema penitenciário e em carceragens de delegacia, sendo o quarto colocado no ranking dos países com maior população prisional do mundo. A taxa de encarceramento do país alcançou a marca de 299,7 pessoas presas para cada cem mil habitantes, o que equivale a mais que o dobro da taxa de encarceramento mundial.

Esse outro estudo elaborado pelo CNJ através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen - Jun/2014), aponta um enorme contingente de presos e presas que ainda aguardam julgamento de seus processos criminais, sendo que 41% da população prisional é formada por presos sem condenação. Além do mais, o país enfrenta uma grave crise no sistema penitenciário que ficou ainda mais evidente nos primeiros dias do ano de 2017 após os eventos brutais nas Penitenciárias de Manaus e Roraima, verdadeiras carnificinas promovidas por facções criminosas que comandam o sistema prisional brasileiro, é prova cabal do caos que se encontra o sistema prisional do país. Tais eventos demonstram que a violência e a desordem são parte do cotidiano nas prisões nacionais. Nesse sentido explica Mattos e Campos (2017, p. 61):

Há séculos, portanto, a letra fria da lei não passa de letra fria – e só quando estouram episódios de extrema violência, como as matanças da semana passada, a crise atávica nas prisões ganha atenção. As causas da desordem são três, velhas conhecidas, que se conectam entre si. A mais óbvia é a superlotação. Outro problema é de fluxo: entram mais detentos nas prisões do que saem. Cerca de 3000 presos chegam ao sistema penal brasileiro mensalmente. Se país conseguisse eliminar o déficit de vagas hoje, em nove meses já haveria uma superlotação da ordem de 30%. **O terceiro problema, igualmente ligado aos dois anteriores, é o excesso de presos provisórios, que ainda não receberam sentença – e, em última instância, podem ser inocentes. Hoje, calcula-se que sejam 250.000. O inchaço decorre de uma política de prender muito, mas prender mal. A maior parte dos presos provisórios cometeu pequenos delitos e, dentro das prisões, torna-se alvo fácil para facções criminosas** (grifo nosso).

Na prática descumprem-se os mandamentos constitucionais, como descreve o doutrinador Nucci (2016, p. 432):

Existem penitenciárias para homens e mulheres, mas não há a devida divisão entre presos condenados por crimes mais sérios e outros, menos importantes. Na prática, presos são misturados, sob o pretexto de carência de vagas. Um condenado por furto pode conviver com o sentenciado por roubo e este com o condenado por latrocínio. O mesmo se dá no tocante à idade. A maior parte dos presídios brasileiros permite a promiscuidade entre condenados de 1 anos e outros, com muito mais idade. Quanto ao respeito à integridade física e moral do condenado, é óbvio o desrespeito, também, de dispositivo constitucional. Se em vários estabelecimentos penitenciários brasileiros não se consegue evitar a violência sexual, pois não se garante o isolamento do preso, nem tampouco se concede ao condenado, no devido tempo, os benefícios a que faz jus, não há respeito algum pela sua integridade física e moral. É fundamental mudar a mentalidade dos operadores do Direito para que se provoque a alteração de comportamento do Poder Executivo, responsável pela administração dos presídios. Pena cruel não é somente açoitar um condenado em praça pública, mas também mantê-lo em cárceres insalubres e superlotados.

Diante disso, é importantíssimo a construção de políticas penais alternativas para o enfrentamento dessa cultura do encarceramento, um exemplo de tal medida é o instituto da

Audiência de Custódia, projeto que visa dar efetividade ao art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica na qual o Brasil é signatário (Decreto 678/92) e que somente após 24 anos de seu descumprimento passou a ser adotado pelos Tribunais brasileiros.

2.1 O DESRESPEITO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ANTE A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PRISÃO

José Afonso da Silva, explica que a expressão “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, acompanhando o homem até sua morte” conforme expõe Silva, (1998, *apud* ALVARENGA, 1998. p. 134).

Acrescenta ao dizer Silva, (1998, *apud* ALVARENGA, 1998, p. 134):

Assim, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, ela se revela como o seu valor que a dimensiona e humaniza.

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio previsto inciso III do art. 1.º da Constituição brasileira de 1988 é reconhecido como valor supremo e está previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, na verdade tem dimensão bem maior, como explica o constitucionalista Silva (1998, p. 134):

[...] não se trata tão-somente de um princípio constitucional fundamental. Mais do isso, a dignidade da pessoa humana é dotada, ao mesmo tempo, da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica [...] Se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

O princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo amplamente ignorado no que se trata da aplicação de penas e prisões cautelares. A falta de estrutura submete o apenado a condições subumanas, o que transforma a convivência do infrator no estabelecimento um exercício diário de sobrevivência. Tal condição representa uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana do diz Mendes e Branco (2014, p. 838):

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato.

O sistema prisional brasileiro divide a população carcerária em vários estabelecimentos de diferentes categorias, incluindo presídios, cadeias públicas, casa de detenção, penitenciárias, distritos e delegacias policiais. Desses estabelecimentos, deveriam existir os locais exclusivos para presos provisórios, contudo, em razão do alto índice de criminalidade e reincidência, os presos provisórios acabam cumprindo a medida cautelar conjuntamente com os presos condenados.

O sistema prisional no Brasil está longe de atingir o seu objetivo de promoção da ressocialização social do condenado a comunidade, há uma superlotação nas prisões dos grandes e pequenos centros, agrupados em celas com o triplo ou mais de apenados permitidos, e ainda que essa convivência forçada se faz sem qualquer classificação por gravidade do delito, acabando por gerar uma perspectiva de inalcançabilidade da reinserção social. Acerca disso leciona Barros e Jordão (2004, p. 9-10):

Em relação ao Sistema Penitenciário no Brasil, o desrespeito à cidadania dos presos se relaciona com a permanência da tortura em muitas unidades prisionais, superpopulação carcerária, autoritarismo, ausência de projetos educativos e esportivos, e o desrespeito aos direitos humanos, à Constituição de 1988 e à “Lei de Execução Penal”.

Em contrapartida as mudanças promovidas pela Lei 12.403/2011, a prisão ainda é vista como instrumento de resolução de conflitos na esfera penal, de modo a retirar o criminoso do convívio social sem buscar maiores soluções para o problema da superlotação carcerária. Sobre isso fazem uma crítica Barros e Jordão (2004, p. 9):

A sociedade assustada com o crescimento da violência espera que a prisão se constitua em um espaço de punição e expiação para o criminoso. A manutenção desse sentimento de expiação, comum nas sociedades antigas e atuais se agrava pelo crescimento da criminalidade violenta, principalmente, quando as estatísticas dos crimes apontam vítimas nas camadas mais abastadas da população. Nesse sentido, a prisão é uma instituição política. Sua função social, após a formação do Estado Liberal é de recuperação dos indivíduos, devendo buscar sua “ressocialização”. Se contraditório manter rituais de execução da pena de morte em praça pública, quando os direitos do homem, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, se constituem elementos centrais desta nova percepção de política e de poder no mundo ocidental.

Posto isso, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana, não é respeitado uma vez que não há existência de condições mínimas que garantam o bem-estar físico, moral e psíquico do preso em geral. No dizer de Ferrajoli (2010, p. 664) crítico da prisão, que descreve:

[...] o cárcere é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva, motivo pelo qual propõe sua abolição gradual, bem como a imediata redução da pena máxima para dez anos de prisão, mesmo porque, além da aflição corporal, a pena carcerária impõe uma aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade, que resulta em perda também da própria identidade [...].

O doutrinador Michel Foucault tem uma explicação para isso que ensina que a função real da pena, ao contrário do que pregam os juristas, não é propriamente combater a criminalidade, mas produzi-la. Por isso que, ao aparentemente fracassar, escreve Foucault (1987, p. 209):

[...] a prisão não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável”, porque “ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar [...].

Beccaria (1977, p. 54), defendeu a humanização do Sistema Penal e ressaltou o seu caráter utilitário: a prisão deveria influenciar a conduta humana. Contudo, verifica-se que a prisão é utilizada de temerária visto que na busca de sua implementação direitos básicos são ignorados. Nessa esteira Bittencout (2006, p. 229), descreve de maneira crítica essa realidade:

A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem servido-lhe de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda a sorte de vícios e degradações. A literatura especializada é rica em exemplos dos efeitos criminógenos da prisão. Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos. Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo, atribuir ao condenado, exclusivamente, a culpa pela eventual reincidência, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou.

Por fim, deve-se considerar que a pena de prisão hoje não cumpre o seu objetivo principal, que é ressocializar e que suas bases de ação se fazem hoje no desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 APLICAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

Dados do CNJ (VASCONCELLOS, 2015, p. 1) apontam que no Brasil 42% dos 600 (seiscentos) mil detentos são presos provisórios, ou seja, ainda não julgados, muitos dos quais autores de pequenos delitos. Essa prática reiterada gera diversas distorções, inclusive no decorrer do procedimento, pressionando juízes a condenar aqueles em prisão cautelar como uma forma de não reconhecimento de um erro que custou meses ou anos da liberdade pessoal de um indivíduo.

O CNJ (2016, p. 2) ainda aponta que desse agigantado contingente de pessoas encarceradas, 41% sequer foram condenadas pelo sistema de justiça brasileiro. Não bastasse o uso da prisão provisória ter se tornado abusivo, mais da metade dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 (noventa) dias. E apenas 37% da totalidade das unidades prisionais foram capazes de enviar essa informação, as demais unidades não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos, pois não conseguiram informar este dado, mostrando o descontrole administrativo dessas unidades.

Essa tendência de abuso das prisões cautelares expõe a falta de estrutura prisional no Brasil, nesse prisma reconhece Conci (2016, p. 1):

Percebe-se que a reiteração da utilização das prisões cautelares é decorrência de questões ligadas a deficiências estruturais do sistema de administração de justiça e, dentre elas, uma merece nossa reflexão: há uma cultura judicial e policial de prisões cautelares como instrumento de satisfação social e, além disso, como tentativa de superar a ineficiência de resultados decorrentes da prática investigativa frágil e de processos judiciais longos.

A Comissão Interamericana de Direito Humanos – CIDH, considera que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da região das américas. Em seu recente Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a CIDH assinalou dentre os problemas mais graves e generalizados na região, o uso excessivo da prisão preventiva; e destacou que esta disfuncionalidade do sistema de justiça penal é, por sua vez, a causa de outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados (CIDH, 2013, p. 2).

Essa realidade se apresenta nas prisões brasileiras nas quais prepondera a desorganização carcerária e a crescente ampliação dos números de pessoas expostas a mazelas do sistema carcerário brasileiro. A despeito disso a Comissão Interamericana assevera (CIDH, 2013 p. 2):

Frente a este panorama, a Comissão Interamericana considera, em primeiro lugar, que o uso excessivo desta medida é contrário à essência mesma do Estado democrático de direito, e que a instrumentalização fática do uso desta medida como uma forma de justiça célere, da que resulta uma espécie de pena antecipada, é abertamente contrária ao regime estabelecido pela Convenção e pela Declaração Americana, e aos princípios que inspiram a Carta da Organização dos Estados Americanos. Por outro lado, o uso da detenção preventiva é um fator importante na qualidade da administração da justiça e, portanto, diretamente relacionado com a democracia.

Nesse ponto os reais efeitos das prisões cautelares são na verdade de instrumento de sestruturação social e não de elemento para o combate da criminalidade é o que expõe a Comissão Interamericana (CIDH, 2013, p. 2):

Ao mesmo tempo, o uso não excepcional desta medida contribuiu para agravar outros problemas já existentes na região, como os altos níveis de superlotação penitenciária, o que gera uma situação fática na qual se veem violados outros direitos fundamentais de prisioneiros, como o direito à integridade pessoal. Na absoluta maioria dos países da região, as pessoas em prisão preventiva estão expostas às mesmas condições das pessoas condenadas e, por vezes, a um tratamento pior que aquelas. As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. Inclusive, os índices de suicídios cometidos em prisões são maiores entre os presos em prisão preventiva. Daí a especial gravidade desta medida e a necessidade de cercar a sua aplicação das máximas garantias jurídicas.

Essa realidade somente suscita críticas às prisões, que mesmo diante de medidas alternativas já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, não estão sendo aptas a conter a escalada vertiginosa dos índices de encarceramento em grande parte dos países. Há quem defenda que a prisão cautelar no Brasil representa a verdadeira divisão de classes no qual prioriza o cerceamento da liberdade do pobre e a garantia de liberdade do rico. Isso é o que aponta Nucchi (2016, p. 113) no livro *Direitos humanos versus segurança pública*:

A crise de identidade da prisão cautelar é visível a partir do momento em que se coloca o foco nos casos concretos. Pessoas ricas raramente seguem ao cárcere preventivamente, pois elas têm emprego fixo, residência determinada e são primárias, sem antecedentes. Pessoas pobres, muitas desempregadas, terminam presas, pois podem fugir, já que não possuem emprego fixo (nem se leva em conta a crise econômica) e

residência determinada (muitos nem possuem endereço claro, pois moram em favelas e até mesmo na via pública).

Pobres são considerados, por muitos, perigosos, pois podem assaltar alguém a qualquer momento. Não há notícia de rico roubando à mão armada. Logo, crimes violentos são peculiares aos pobres. Por via de consequência, são pessoas mais suscetíveis à prisão cautelar. Quanto aos delitos típicos das pessoas afortunadas, ligam-se a crimes econômicos, financeiros e tributários, não violentos, pouco divulgados pela mídia e que contam com a ignorância da população.

Por isso, quando um juiz decreta a prisão cautelar de uma pessoa politicamente importante ou realmente rica, a tendência é provocar o repúdio de parcela da doutrina, sob o argumento pálido de que esse indivíduo não tem potencial danoso à sociedade se permanecer solto.

Nucci (2016, p. 113) ainda acrescenta que em nosso país, lamentavelmente, ainda se lida com a prisão cautelar voltada para a camada pobre da população, bastando checar os dados dos presídios. Parece até que alguns padecem da presunção de culpa, enquanto outros, mais abonados, da presunção de inocência.

Essa constatação fez surgir a discussão quanto à implementação e outros meios alternativos para o não uso da prisão, de modo a implementar seu caráter excepcional. Essa realidade aponta a necessidade de adoção de medidas cautelares diversas da prisão mais efetivas muitas delas hoje ofertadas na audiência de custódia. Verifica-se que a implementação do projeto Audiência de Custódia nada mais é que um meio garantidor da dignidade da pessoa humana e que nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal (VASCONCELLOS, 2015, p. 1) representa:

A verdade é que nós temos uma cultura do encarceramento, uma cultura antiga de mandar as pessoas para a prisão seja qual for o delito que cometem. Muitas vezes, por conta de um delito, um crime de menor potencial ofensivo, o acusado é enviado à prisão, onde ele passa a cursar uma verdadeira universidade do crime. Ele tem que se aliar imediatamente a uma facção criminosa até para sobreviver dentro do cárcere, até para proteger a sua família que está fora dos estabelecimentos prisionais”, afirmou o presidente do CNJ e do STF.

A efetividade de tal iniciativa tem se apresentado em números como demonstra a pesquisa do CNJ, BRASIL (2016, p. 15):

Os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. O Conselho Nacional de Justiça estima que a redução pela metade do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. Além disso, ao deixar de prender 120 mil dessas pessoas, evita-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais.

Nesse contexto, o acompanhamento efetivo do poder judiciário nas implementações das prisões cautelares pode propiciar que injustiças sejam perpetradas, ou ainda diante da

análise rápida aplicar medidas menos gravosas de modo a permitir o encarceramento somente daquele indivíduo que gera efetivo perigo social.

2.3 A PRISÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Os direitos dos reclusos no âmbito do direito internacional vem sofrendo grande ampliação de modo que a Organização das Nações Unidas – ONU editou as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, que foram adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, Brasil (2016, p. 10).

As referidas regras trazem exposições básicas de melhoria ao encarcerado que dispõe de regras para separação de categorias, disposições sobre alojamentos, higiene pessoal, vestuários, roupas de cama, alimentação, atividades desportivas, atendimento médico e etc. Sendo um exemplo o item C que trata dos Presos sob custódia ou aguardando julgamento ditas nas Regras 111 a 120, sendo algumas delas Brasil (2016, p. 42-43):

Regra 111

1. Indivíduos presos ou detidos sob acusação criminal que estejam sob custódia policial ou prisional, mas que aguardem julgamento e sentença, devem ser tratados como “presos não julgados” doravante nestas Regras.
2. Presos não condenados têm presunção de inocência e devem ser tratados como inocentes.
3. Sem prejuízo das previsões legais para a proteção da liberdade individual ou do procedimento a ser observado com relação a presos não julgados, estes presos devem ser beneficiados com um regime especial descrito nas Regras a seguir somente em seus requisitos essenciais.

Regra 112

1. Presos não julgados deverão ser mantidos separados dos presos condenados.
2. Jovens presos não julgados devem ser mantidos separados dos adultos e, em princípio, ser detidos em unidades separadas.

Regra 113

Presos não julgados devem dormir sozinhos em quartos separados, com ressalva dos diferentes hábitos locais relacionados ao clima.

[...]

Cumprе salientar, que a ONU no ano de 2015, promoveu uma reformulação nas referidas regras de modo a denomina-la de Regras de Mandela é o que ensina o CNJ, Brasil (2016, p. 9):

Ao longo de 55 anos, os Estados usaram as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” como um guia para estruturar sua Justiça e sistemas penais. Ocorre que essas regras nunca tinham passado por revisão até o ano passado, quando, finalmente, em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela.

No âmbito interno, há a Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994, editada pelo presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), a qual estabeleceu as “Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil”, considerando a recomendação, nesse sentido, aprovada na sessão de 26 de abril a 6 de maio de 1994, pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é Membro e a o disposto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Outro instrumento internacional a tratar dos presos refere-se às mulheres, são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário, (BRASIL, 2016, p. 10).

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok) aprovada em 22 de Julho de 2010 através da Resolução 2010/16 em que o Conselho Econômico e Social da ONU, propôs à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a aprovação de um conjunto de regras voltado à disciplina de ações referentes às mulheres presas, (BRASIL, 2016, p. 9). Sobre isso ensina Ramos (2017, p. 240):

Com isso, trata-se de um conjunto de normas de *soft law*, não possuindo força vinculante aos Estados. Porém, serve como importante vetor de interpretação do alcance de normas nacionais e internacionais sobre direitos humanos que podem incidir sobre as mulheres presas, como, por exemplo, o direito à integridade pessoal, devido processo legal, entre outras, bem como para orientar a produção normativa posterior. No caso brasileiro, em 2016, foi editado o Decreto n. 8.858, determinando o uso das Regras de Bangkok como diretrizes para o emprego de algemas.

As Regras de Bangkok dispõe da Regra 64 prevendo que às mulheres gestantes e com filhos dependentes devem ser estipuladas medidas alternativas, sendo a prisão excepcional e aceita apenas para a prática de crimes graves ou violentos, ou quando a mulher representar ameaça contínua à sociedade (BRASIL, 2016, p. 20).

Nessa esteira, sob influencia dessa regra internacional o legislador brasileiro aprovou a Lei n. 13.257/2016 conhecida como “Marco Legal de Atenção à Primeira Infância” que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e, em linha com as “Regras de Bangkok”, autoriza (por intermédio da alteração do art. 318 do CPP) a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, quando se tratar: (a) de gestante, (b) de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, (c) de homem – caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos, ou (d) de agente considerado “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” (BRASIL, 2016).

Cabe citar duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal na qual as Regras de Bangkok são expressamente utilizadas como parâmetro para concessão de medidas alternativas a prisão, sendo elas no *Habeas Corpus* nº 134.734 de Relatoria do Ministro Celso de Mello, decisão de 30/06/2016 (BRASIL, 2016):

EMENTA: Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Mulher que se encontra em qualquer das situações excepcionais referidas no rol taxativo inscrito no art. 318 do CPP. Conversão em prisão domiciliar. Regras de Bangkok, promulgadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Inovações introduzidas no direito interno brasileiro: CPP, LEP, Lei das Medidas Cautelares e Lei da Primeira Infância. Outorga de tratamento diferenciado à mulher presa que ostente, entre outras, a condição de grávida ou de nutriz (lactante). Legitimidade desse tratamento, que também se justifica pela necessidade de respeito ao princípio constitucional que consagra o dever estatal de proteção integral da criança e do adolescente. Incidência da Convenção dos Direitos da Criança. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, particularmente de sua Segunda Turma. Conversão do julgamento deste “habeas corpus” em diligência, para que o impetrante comprove que a paciente se enquadra em qualquer das situações previstas no art. 318 do CPP.

Ainda, em se tratando de instrumentos internacionais, ONU tratou de regulamentar as Regras de Tóquio, que trata de regras mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Sendo que a aprovação desse instrumento representa grande avanço para o direito mundial conforme afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, Brasil (2016, p. 9) que diz:

Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão.

Cumprе ressaltar que as Regras de Tóquio foram formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (em 1986), cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em seu 8º Congresso, integrando a Resolução nº 45/110, oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, com o objetivo de incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados. De modo que dentre sua regras tem como abrangência o seguinte Brasil (2016, p. 10-11):

2. Abrangência das medidas não privativas de liberdade

2.1 As disposições relevantes destas Regras devem ser aplicadas a todos os indivíduos passíveis de acusação, julgamento ou execução de sentença, em todas as fases da administração da justiça criminal. Para os fins destas Regras, estes indivíduos são denominados infratores, sejam eles suspeitos, acusados ou condenados.

2.2 Estas Regras devem ser aplicadas sem discriminação de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou outra, nacionalidade ou origem social, propriedades, nascimento ou outra situação.

2.3 Para assegurar a maior flexibilidade, compatível com a natureza e a gravidade da infração, com a personalidade e os antecedentes do infrator e com a proteção da sociedade, e ainda para evitar o recurso desnecessário ao encarceramento, o sistema de justiça criminal deverá oferecer uma grande variedade de medidas não privativas de liberdade, desde medidas tomadas na fase pré-julgamento até as da fase pós-sentença. O número e as espécies de medidas não privativas de liberdade disponíveis devem ser determinados de modo que seja ainda possível a fixação coerente da pena.

2.4 O desenvolvimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encorajado e monitorado criteriosamente e sua aplicação deve ser sistematicamente avaliada.

2.5 Deve-se considerar o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se o máximo possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, de acordo com as garantias legais e as regras de direito.

2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

2.7 O recurso a medidas não privativas de liberdade deve ser incluído no rol dos esforços visando à isenção de pena e à descriminalização, e não prejudicar ou retardar tais esforços.

Cabe apontar que o Brasil não é signatário de nenhuma destas normas tratadas acima, contudo, o Conselho Nacional de Justiça vem promovendo a divulgação dessas regras no âmbito nacional a fim de contribuir para a melhoria do sistema carcerário brasileiro.

Em se tratando de direitos do preso é importante ressaltar o que dispõe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial e autônomo cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. Fazendo parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Nesse ponto ensina Guerra (2013, p. 362):

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de um tribunal com o propósito primordial de resolver os casos que lhe são apresentados por supostas violações aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana.

A Corte é regulada pelos artigos 33, b, 52 a 73 da mesma Convenção e pelas normas do seu Estatuto, tendo sido instalada em 1979 na cidade de São José, na Costa Rica. Sua criação tem origem na proposta apresentada pela delegação brasileira à IXª Conferência Interamericana, realizada em Bogotá no ano de 1948.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, é atualmente o documento mais importante de direitos humanos do sistema regional americano. Adotada em São José na Costa Rica, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, o Brasil só a aderiu em 9 de julho de 1992 e ratificou em 25 de setembro de 1992, tendo o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 promulgando-a.

Artigo 7.5 prevê que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

E ainda o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que foi adotado pela Resolução n. 2.200-A da XXI Assembleia-Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, sendo que o Brasil aderiu em 24 de janeiro de 1992, tendo o Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, promulgado o pacto na íntegra.

Artigo 9.3 que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Ambos os tratados no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro tem *status* normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, é o que prevê o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008).

Destarte, verifica-se que dentro do direito internacional, inúmeros são os instrumentos normativos disponíveis para a regularização dos direitos e garantias para o recluso, por outro lado, o Brasil ainda caminha a passos lentos no sentido de implementá-las, cabendo de modo geral ante a crescente pressão dos órgãos internacionais, que efetivar medidas a muito tempo dispostas no ordenamento jurídico como é o caso da Audiência de Custódia.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Projeto Audiência de Custódia surgiu em fevereiro de 2015, após iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, juntamente com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), com o objetivo de reduzir os elevados índices de encarceramento e coibir a prática de abusos durante a prisão cautelar.

Nesse contexto, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto 03/2015 passou a exigir a execução de Audiências de Custódia a fim de dar cumprimento a dois tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo: o art. 7º, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, regulado pelo Decreto 678/92 e o art. 9, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos regulado pelo Decreto 592/92.

Diante disso, foi criado o projeto Audiência de Custódia que prevê que o preso em flagrante deve ser apresentado ao juiz ocasião em que será entrevistado em audiência com a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Na ocasião o juiz analisará o aspecto da legalidade da prisão, da sua necessidade e continuidade, bem como da eventual concessão de liberdade.

3.1 CONCEITO

Segundo Avena (2017, p. 711), por audiência de custódia compreende-se o ato da apresentação ao juiz competente da pessoa presa em flagrante delito ou em virtude de mandado de prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou definitiva, a fim de ser ouvida sobre as circunstâncias em que ocorreu sua prisão.

Da mesma forma, ensina Távora e Alencar (2017, p. 928):

Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após à efetivação da providência cerceadora de liberdade. É “interrogatório de garantia” que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões.

A Audiência de Custódia é uma via de contato da pessoa presa com o juiz, pouco tempo depois de sua prisão. Em termos gerais, a Audiência de Custódia consiste no seguinte: em vez de ser encaminhado à Justiça apenas o auto de prisão em flagrante no prazo de 24

(vinte e quatro) horas, como manda o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), o próprio preso já será apresentado em Juízo juntamente com o auto flagrancial. Assim, no lugar da análise gélida do auto de prisão em flagrante, o juiz ouve o preso na forma prevista nas normas que regulamentarem a matéria, após o que adotará uma das medidas previstas no art. 310 do CPP.

Esta é a novel redação do art. 310 do CPP (BRASIL, 1941), *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para o professor Dezem (2016, p. 301) a finalidade da audiência de custódia é a de evitar torturas, desaparecimentos forçados e também, como dito acima, que o juiz possa melhor analisar a situação concreta para melhor decidir.

Em uma audiência de custódia, em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, será analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de torturas ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

3.2 FUNDAMENTOS LEGAIS

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH; também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) em 06 de novembro de 1992 com a promulgação do Decreto nº 678.

Cumprе esclarecer que o referido tratado foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, é o que prevê o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008). Segundo entende o STF, os tratados internacionais de direitos humanos que não passarem pelo rito do § 3º do art. 5º da CF/88 incorporam-se no ordenamento jurídico com *status* de norma jurídica supralegal (RE 349.703/RS, DJe de 5/6/2009).

Ocorre que o Brasil se tornou signatário de dois Tratados Internacionais com disposições especiais a serem aplicadas para a pessoa presa, havia como previsão a necessidade de aplicação no âmbito do processo penal brasileiro a norma do art. 7º, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica que dizia o seguinte (CIDH, 1969):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Além disso, antes mesmo do referido instrumento internacional, o Brasil já havia recepcionado outro Tratado Internacional com o Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 que recepciona o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e assim como o Pacto de San José da Costa Rica trata de regras especiais no art. 9. item 3 para apresentação do preso junto a autoridade judiciária (PIDCP, 1966) sendo:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Tendo em vista que os dois instrumentos acima foram recepcionados pelo Brasil sem cumprimento do rito especial do § 3º do art. 5º da CF/88, na visão do Supremo Tribunal Federal, são normas hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou complementar, só estando abaixo, portanto, das normas constitucionais.

Todavia, mesmo diante do caráter superior das normas descritas, muitos de seus postulados, tal qual a exigência de apresentação do preso junto à autoridade judiciária foram negligenciadas pelo Brasil por mais de 20 (vinte) anos, tendo se operacionalizado no processo penal apenas a prática da apresentação do flagranteado junto ao delegado de polícia sendo ainda a ordem constitucional de que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, CF). Acerca disso, Nucci (2016, p. 157) ensina sobre o procedimento adotado pelo Código de Processo Penal:

No Brasil, durante décadas, o preso, em geral pela Polícia Militar (polícia ostensiva, segundo a CF) deve ser imediatamente apresentado ao Delegado de Polícia (polícia

judiciária, segundo a CF). Este operador do Direito é um bacharel em ciências jurídicas, presta concurso de provas e títulos e assume o seu cargo, justamente para controlar as prisões feitas pela Polícia Militar. A primeira classificação do caso (tipificação) é feita pelo Delegado: se furto ou roubo, por exemplo. Ele analisa se cabe ou não o flagrante (art. 302, CPP); caso entenda não ser cabível recolher o preso, pode relaxar o flagrante e não levá-lo ao cárcere, soltando-o (art. 304, CPP). Formando a sua convicção no sentido de caber a prisão em flagrante, o Delegado ainda pode arbitrar fiança, que, uma vez paga pelo preso, o liberta de pronto (art. 322, CPP).

Com efeito, a fim de coibir práticas de tortura, capturas ilegais e arbitrárias, em 22 de janeiro de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Corregedoria-Geral de Justiça, editou o Provimento Conjunto 03/2015 que passou a exigir a execução de Audiências de Custódias a fim de dar cumprimento ao art. 7º, item 5 do CADH. Tal provimento adotou alguns dos seguintes regramentos conforme consta no DJE (2015, p. 1-2):

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 007º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

[...]

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

[...]

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução próprio de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

[...]

Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;

II - determinar o encaminhamento assistencial, que repete devido.

A pioneira iniciativa gerou grande impacto no meio jurídico, o que culminou inicialmente com a Associação Paulista do Ministério Público, por meio de mandado de segurança rejeitado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando que a instituição da audiência de custódia seria inconstitucional, pois alteraria o Código de Processo Penal e usurparia competência privativa da União para legislar em matéria processual (BALLESTEROS, 2016, p. 20). Em seguida com o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 5.240, elaborada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - Adepol, que discutia a legalidade da regulamentação do tema por provimento, apresentando como argumento que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de provimento autônomo, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União (art. 22, I, da CF/88), por meio do Congresso Nacional.

Em análise do tema o Supremo Tribunal Federal entendeu a necessidade da medida bem como ressaltou que sua aplicação através do Provimento elaborado pela Corregedoria não ofende o princípio da legalidade. É o que dispõe o julgado (STF, 2015):

Plenário, por maioria, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face do Provimento Conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que determina a apresentação de pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar de audiência de custódia no âmbito daquele tribunal. **A Corte afirmou que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teria sustado os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como ficara assentado pelo STF, no julgamento do RE 349.703/RS (DJe de 5.6.2009).** Ademais, a apresentação do preso ao juiz no referido prazo estaria intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, portanto, estaria justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador pudesse, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Não seria por acaso, destarte, que o CPP consagraria regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu art. 656, segundo o qual “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Então, não teria havido por parte da norma em comento nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da referida convenção internacional — ordem supralegal —, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos (grifo nosso).

Acerca das razões de aplicação da medida o Ministro Fux relator da ADI afirma (STF, 2015):

O Tribunal destacou que os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do provimento conjunto sob análise apenas explicitariam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do CPP, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento. Sendo assim, não se observando exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que seria seu fundamento de validade, não se abriria a possibilidade de controle da sua constitucionalidade. Entretanto, quanto aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do provimento hostilizado, estes veiculariam comandos de organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa outorgada pelo art. 96, I, a, da CF. Daí decorreria que, sendo normas a ostentar fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, seria possível o seu controle pela via da ação direta. No ponto, observar-se-ia que os princípios da legalidade (CF, art. 5º, II) e da reserva de lei federal em matéria processual (CF, art. 22, I) teriam sido observados pelo ato normativo impugnado. O Provimento Conjunto 3/2015 não inovaria na ordem jurídica, mas apenas explicitaria conteúdo normativo já existente em diversas normas do CPP — recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual — e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem — reconhecida pela jurisprudência do STF como norma de “status” jurídico supralegal. Outrossim, inexistiria violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). De fato, não seria o ato normativo emanado do tribunal de justiça que criaria obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, teriam efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação, por entender que a norma impugnada não seria ato primário, e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, assentando que disciplinar tema processual seria da competência exclusiva da União.

Em decorrência do Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015 assinado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa foi inaugurado o “Projeto Audiência de Custódia”. Em fevereiro de 2015, foi noticiado através do Projeto Audiência de custódia de iniciativa do Presidente do CNJ e do Ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2015) a implantação em todo território nacional. Na oportunidade o Ministro explicou acerca dos custos de um preso para o Estado:

[...] o preso custa, em média, R\$ 3 mil reais por mês ao Estado, e se logarmos implantar as audiências de custódia em todo o país até 2016, isso poderá resultar em economia de R\$ 4,3 bilhões que poderão ser aplicados em educação, saúde, transporte público, e outros serviços”, disse o ministro. A economia ocorre porque, com a audiência de custódia, o juiz tem mais elementos para decidir pela liberdade provisória condicional, reduzindo a população carcerária e desonerando os cofres públicos.

Nessa esteira, em 09 de setembro de 2015, na Medida Cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 347 do Distrito Federal proposta pelo PSOL a fim de discutir estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental no sistema carcerário, o STF concedeu a medida cautelar requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) “na qual pede que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e ainda que seja determinada diversas providências no tratamento da questão prisi-

onal no país”, para determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão (STF, 2015).

É importante esclarecer que o Código de Processo Penal ainda não dispõe de previsão sobre o tema, o que traz como argumento recorrente para não se viabilizar, na prática, o direito à audiência de custódia é o de que tal expediente requer uma alteração/inação legislativa, não sendo franqueado ao Poder Judiciário substituir o legislador para a implementação daquele direito no Brasil (LOPES JR.; PAIVA, 2014, p. 18).

Esse argumento é rechaçado uma vez que as normas de Tratados de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata é o que ensina Muzuolli, (2011, *apud* LOPES JR.; PAIVA, 2014, p. 19):

Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.). Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.

Seguindo essa linha em 15 de dezembro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 213, regulamentou o procedimento da audiência de custódia, que entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2016.

Por fim, está em análise na Câmara de Deputados o Projeto de Lei – PLS 554/2011 de relatoria da senadora Simone Tebet (PMDB-MS), o projeto que altera o Código de Processo Penal para estabelecer que o preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade da polícia. O texto também determina que o preso terá direito a passar pelo exame de corpo de delito. Uma emenda apresentada pelo senador Lindbergh Farias (PT-RJ) assegura que, antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por um advogado ou defensor público, em local reservado, visando à garantia da confidencialidade. Outra emenda de Lindbergh veda a presença, durante a audiência de custódia, dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação (SENADO FEDERAL, 2016).

Destarte, a regulamentação do referido projeto representa não só um avanço na efetivação dos direitos fundamentais como também enseja maior aplicação do referido direito do encarcerado.

3.3 FUNCIONAMENTO

Embora os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia não necessitem, de implemento normativo interno algum, não se pode olvidar que a edição de lei exerce um papel fundamental na promoção do direito, principalmente no caso da audiência de custódia, cuja previsão normativa naqueles Tratados deixa em aberto a definição de algumas características do instituto (LOPES JR.; PAIVA 2014, p. 19).

Diante disso, a Resolução n. 231, de 15 de dezembro de 2015 do CNJ definiu em seu Art. 1º (CNJ, 2015):

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no *caput*.

A Resolução n. 231 determina em seu art. 4º que a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante (CNJ, 2015). Nesse ponto explica Pacelli (2017, p. 258):

Naturalmente que as partes (Ministério Público e Defesa) devem também ser ouvidas, mas não para fins de esclarecimento do crime e para a inquirição do preso sobre os fatos. Para isso já é previsto o interrogatório, após regular instauração do inquérito. Não fossem suficientes tais argumentos, é de se ver também que, ainda

quando realizada (a audiência) em contraditório e na presença do juiz, não será de processo que se cuidará, mas apenas da fase inicial e nascedoura da investigação. Bem por isso, eventual confissão assim obtida não deverá ser considerada como antecipação do procedimento previsto no art. 185 e seguintes do CPP. Primeiro, em razão da inexistência de processo e de efetivo exercício jurisdicional penal, e, segundo, por não ser aquele o momento procedimental adequado para a matéria, do que resultará violação ao devido processo legal.

O parágrafo único do art. 4º prevê que é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia. E tal procedimento deverá se desenvolver conforme o procedimento traçado na Resolução 213 (CNJ, 2015):

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
- IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
- VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
- VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:
 - a) não tiver sido realizado;
 - b) os registros se mostrarem insuficientes;
 - c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
 - d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;
- VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
- IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
- X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Em sendo realizada as perguntas pelo magistrado que deverá endereçar à pessoa presa, respeitando o preceito do constitucional do art. 5º, LXIII (direito ao silêncio), o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, a faculdade de formular reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir eventual arguição relativa ao mérito do delito pelo qual ocorreu a prisão, permitindo-lhes, em seguida, requerer (§1

do art. 8º): (I) – o relaxamento da prisão, *ou* (II) – a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medida cautelar restritiva; (III) – a decretação da prisão preventiva, ou (IV) – a decretação da prisão temporária, e, em qualquer caso, (V) – a adoção de outras medidas eventualmente necessárias à preservação de direitos da pessoa presa (CNJ, 2015).

Acerca do procedimento Pacelli (2017, p. 257) esclarece:

Quanto ao procedimento na realização da citada audiência de custódia, deve-se atentar para o seguinte: não se trata de uma antecipação do interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc.).

A resolução dispõe em seu art. 11 que havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado (CNJ, 2015).

Por fim, a resolução dispõe que o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal. E ainda que a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução (CNJ, 2015).

3.4 BENEFÍCIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LEGALIDADE PRISIONAL

O uso da audiência de custódia nos tribunais brasileiros representa uma ferramenta célere de acesso à justiça, o que para a realidade brasileira é antes de mais nada, um avanço. Segundo Paiva (2015, p. 31), o projeto audiência de custódia visa a atingir três objetivos, sendo eles:

A primeira é adequar o ordenamento brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. Em seguida, coibir a prática de prisões

arbitrárias, ilegais ou desnecessárias. A terceira é a de garantir a integridade pessoal da pessoa privada de sua liberdade, seja ela física ou psíquica, evitando abuso de força e tortura, o que demanda da autoridade judiciária e dos participantes da Administração da Justiça uma atuação célere, constringendo o magistrado a motivar, em tese, por critérios mais objetivos e legais, em eventual decretação de prisão preventiva ou aplicação das demais medidas cautelares diversas à prisão.

A cultura do encarceramento faz com os princípios básicos garantidos na constituição, tais como o da dignidade da pessoa humana, sejam ignorados a fim de se permitir uma falsa sensação de segurança social, sendo possível afirmar que o crescente número da população carcerária não tem sido suficiente para diminuir índices de violência registrados no Brasil. Logo, se faz necessário uma mudança por parte do legislador, nesse sentido aponta Lopes Jr. e Paiva (2014, p. 16):

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual.

Diante disso, a implementação da audiência de custódia proporcionada benefícios tais quais mencionam Lopes Jr. e Paiva (2014, p. 16):

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Outro favor de grande relevância proporcionado pela audiência de custódia é garantir que grupos considerados vulneráveis possam receber resposta rápida de modo que a prisão cautelar possa ser convertida em outra modalidade alternativa ou ainda em caso de ilegalidade que seja relaxada. Seguindo essa linha, o manual formulado pela Defensoria Pública da União descreve que o objetivo da audiência de custódia é de instrumento de controle e o que dispõe em sua cartilha, DPU (2015, p. 19):

Além do objetivo precípua de diminuir a invisibilidade da pessoa em situação de prisão, aumentar os mecanismos de controle e combate às ofensas à integridade

pessoal (física e psíquica) e sensibilização do judiciário para tentativa de aplicação das alternativas à prisão provisória, com redução do superencarceramento (que atualmente tem crescido em escala industrial), a audiência de custódia também serve para alertar ao(a) Defensor(a) sobre contextos específicos de vulnerabilidade, que merecem um monitoramento de perto, em caso de decretação da prisão preventiva.

Assim, durante a realização da audiência de custódia é possível identificar situações de vulnerabilidade agravada que geralmente não estão descritas expressamente no Auto de Prisão em Flagrante e que podem ensejar pedido de relaxamento da prisão, ou de concessão de liberdade provisória ou de substituição da prisão decretada por alguma medida cautelar alternativa. Tais casos são listados pelo Manual da Defensoria Pública da União, quais sejam DPU (2015, p. 19-21):

Presas gestantes, lactantes ou com filhos de até 6 anos (que preenchem os requisitos para o pedido de prisão domiciliar – art. 318, II, III e IV do CPP);
 Presas gestantes, lactantes ou com filho pequeno que não preenchem ou não tiveram deferidos os requisitos para prisão domiciliar, mas que não estão acessando acompanhamento pré-natal e acompanhamento pediátrico das crianças no período da lactância (com possível pedido substitutivo da prisão com base no art. 319 do CPP);
 Presos(as) com estado de saúde gravíssimo (art. 318, II do CPP);
 Presos (as) idosos (as) com mais de 80 anos (art. 318, I do CPP);
 Presos(as) com problemas de saúde encaminhados a estabelecimentos que não tem estrutura para fornecer o tratamento médico demandado (diabetes, tuberculose, hanseníase, HIV-AIDS, câncer, drogadição);
 Presos(as) que apesar da existência de tratamento disponível pelo SUS, não conseguem acessá-los em razão da ausência/indisponibilidade de escolta ao hospital próximo ou posto de saúde;
 Demandas específicas das pessoas trans*, tais como a submissão à discriminação e violência no ambiente do presídio, bem como a observância do direito de ser chamado pelo nome social e pelo gênero ao qual a pessoa se identifica. Ademais, É importante verificar se as pessoas que estavam em processo de reassignação de gênero estão recebendo a medicação de forma adequada e dentro dos prazos estipulados pelo médico;
 Demandas específicas dos(as) presos(as) estrangeiros: acesso à tradução do Auto de Prisão em Flagrante e da nota de culpa, observância do direito ao silêncio, acesso à orientação jurídica, assistência consular (sendo obrigatória a comunicação da prisão aos Consulados, salvo nos casos de refúgio) e observância do direito de contato com o mundo exterior e comunicação com a família no país de origem;
 Realização do pedido de regularização migratória com base na Res. 110 do CNIG, para que o estrangeiro tenha autorização para permanecer no país enquanto estiver pendente o processo/cumprimento de pena. A regularização é uma etapa importante para garantir que o estrangeiro tenha condições mínimas de responder ao processo em liberdade (alternativas penais);
 Demandas específicas da população indígena (observância das demandas específicas, tais como necessidade de tradução, realização de laudo antropológico ou pedido de semiliberdade);
 Situações de potencial pedido de refúgio (casos de estrangeiros que são presos em flagrante por uso de documento falso em razão de fuga do país de origem por fundado temor de perseguição);
 Demandas de proteção em razão de delação premiada (pedido de transferência ao seguro ou concessão de soltura e inclusão em programas de proteção).

Outra situação de vulnerabilidade de grande importância e que por vez é ignorada no sistema prisional brasileiro se refere à situação do deficiente físico, este não conta com local adequado para ser custodiado. Em razão disso a Defensoria Pública da União o incluiu no rol de vulnerabilidades que pode ser identificado já no momento da audiência de custódia é o que explica o Manual da DPU (2015, p. 21):

Demandas de presos(as) portadores de necessidades especiais e condições de acessibilidade no local de custódia, de acordo com as normas da ABNT que tem parâmetros específicos para acessibilidade física em situação de prisão (NBR 9050). Conforme Relatório da DPE/SP e DPU para o Comitê da ONU para o direito das pessoas com deficiência, o próprio Departamento Penitenciário Nacional reconhece a maciça violação do direito à acessibilidade nas penitenciárias brasileiras, sendo que menos de 6% dos estabelecimentos preenchem as normas e parâmetros mínimos exigidos. Vale destacar que a Corte Européia já decidiu que “(...) manter uma pessoa com deficiência em uma prisão na qual ela não poderá se mover e não conseguirá deixar sua cela de forma independente constitui tratamento degradante, nos termos do art. 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (...)”. Por isso, tanto a DPE/SP quanto a DPU recomendam que o Estado se abstenha de determinar ou manter a prisão de pessoas portadoras de deficiência nos casos em que o presídio não tiver condições de garantir a acessibilidade. Em agosto de 2015, o Comitê da ONU sobre o direito das pessoas com deficiência também manifestou enorme preocupação e a urgência de adoção de medidas para garantir que o referido grupo vulnerável fique exposto a tratamento degradante.

Outro ponto que carece de análise é a utilização da audiência de custódia como instrumento para coibir o uso da tortura por parte dos agentes públicos, tanto no âmbito da investigação policial, quanto na fase de cumprimento de pena, uma vez que, é de se frisar que há importante subnotificação de casos de tortura e/ou violência praticadas por agentes estatais responsáveis pela custódia. Tal fato se deve não só ao temor de que a comunicação possa acarretar retaliações à própria pessoa ou a sua família, mas também à inexata compreensão do alcance da expressão “Tortura”, como se houvesse alguma margem de tolerância que, só após ultrapassada, permitira o argumento de violência deslegitimada. (DPU, 2015, 15). O reflexo desse contexto é a previsão na Resolução 213 do seguinte procedimento quando houver notícias de tortura por parte de agentes públicos (CNJ, 2015):

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de proce-

dimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima:

I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação;

II - locais, datas e horários aproximados dos fatos;

III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas;

IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos;

V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima;

VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal;

VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos;

VIII - registro da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

§ 3º Os registros das lesões poderão ser feitos em modo fotográfico ou audiovisual, respeitando a intimidade e consignando o consentimento da vítima.

§ 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações.

§ 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo.

Por fim, verifica-se que a audiência de custódia assegura o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, tendo em vista que a ela será oportunizado a apreciação mais adequada da prisão antecipada pelo poder judiciário com o auxílio do Ministério Público e supervisão da defensoria pública ou defesa particular.

Logo, a garantia da presença física do autuado em flagrante perante o juiz, tem por escopo de propiciar a máxima efetividade do direito ao contraditório, o que permite que seja requerida medida alternativa a prisão antes mesmo da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Destarte, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. E por fim, propicia conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de humanização através da melhoria do sistema prisional brasileiro é latente e a aplicação de políticas penais no país é cada vez mais imperiosa. A regra no direito brasileiro é que a prisão deve ser a *ultima ratio*, ou seja, utilizada somente quando não forem suficientes outras medidas para conter o criminoso, vez que as prisões não contam com o mínimo de respeito às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Diante disso, a utilização do instituto processual da Audiência de Custódia representa importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, não só porque dá efetividade ao art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) como também inicia uma mudança cultural no povo, acostumado a resolver problemas sociais com o uso das prisões.

Destarte, a audiência de custódia possibilita o controle imediato da legalidade, necessidade e adequação da medida extrema que é a prisão cautelar, o que representa uma forma eficiente de combater a superlotação carcerária, sempre tendo em conta que a excessiva política de encarceramento em massa atinge com muito mais força a camada mais pobre e marginalizada da população brasileira.

Assim, a apresentação da pessoa presa em juízo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas é a maneira mais célere de garantir que a prisão ilegal será imediatamente relaxada e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir a liberdade, garantias estas, constitucionais previstas no art. 5º, incisos LXV e LXVI.

A realização da audiência de custódia, portanto, aumenta o poder, mas também a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de transformar a prática do sistema de justiça criminal brasileiro, não só em algo mais próximo daquilo que foi desenhado pelo legislador, mas especialmente para exigir que os demais elos do sistema passem a trabalhar

padrões de legalidade e eficiência, absolutamente necessários para que a Justiça seja feita neste país.

Cumpramos ressaltar, que apesar da importante iniciativa do CNJ cabe ao Estado implementar políticas públicas que garantam a diminuição da violência social, tais como a melhoria da educação, saúde, geração de postos de trabalho e como consequência refletiram na diminuição dos índices de violência e no uso da prisão como meio de punição como complemento ao projeto audiência de custódia.

Pois utilizada como medida emergencial, para resolver o problema de um sistema prisional superlotado e falido, sozinha a Audiência de Custódia, será incapaz de dar uma resposta ao encarceramento em massa, tampouco solucionar problemas sociais de toda uma nação. No entanto, somada a Políticas Sociais, que ampliem as garantias as pessoas privadas de liberdade, para que realmente a prisão cumpra o papel de ressocializar os internos, antes de retorna-los ao meio social, tornaria o Sistema Carcerário eficaz no cumprimento do seu papel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BARROS, Ana Maria de; JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. **A cidadania e o sistema penitenciário brasileiro** Unieducar: It Justributário. Disponível em: < <https://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb1.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. São Paulo: 2016. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126292**. Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso, Acórdão, julgado em 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> . Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 795 de Jurisprudência. Habeas corpus n. 5.240-SP**, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Luiz Fux, Relator para o Acórdão: Luiz Fux, Acórdão, julgado em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP>: audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015 – 1>. Acesso em: 30 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 134.734**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 30/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc134734despacho.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84078**, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Prisão Temporária**. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. In: **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. Brasil: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. 1. Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça .1. Ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Quais são os números da Justiça Criminal no Brasil?**. Informativo Rede de Justiça Criminal. nº 8. Jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>> . Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf> . Acesso em: 30 maio 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

CIDH, Comissão Interamericana de Direito Humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas américas**: Introdução e recomendações. Organização dos Estados Americanos: 2013. Disponível em: < <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>> . Acesso em: 20 jun. 2017.

CONCI, Luiz Guilherme. **O excessivo uso das prisões cautelares como política e a violação dos direitos humanos**. Carta Capital: 20 jan 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/20/o-excessivo-uso-das-priso-es-cautelares-como-politica-e-a-violacao-dos-direitos-humanos/>> . Acesso em: 30 maio 2017.

DPU. Defensoria Pública da União. **Audiência de custódia**: manual de orientação. Defensoria Pública da União. Secretaria-Geral de Articulação Institucional. Brasília: DPU, 2015. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/publicacoes/manual_audiencia_custodia.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo. Prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

_____. Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz**: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. nº 17 – setembro/dezembro de 2014. ISSN 2175-5280. . Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014>. Acesso em: 20 maio 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATTOS, Marcela; CAMPOS, João Pedrosa de. **Metástase do horror**. Revista Veja, ed. 2512. São Paulo: Editora Abril, ano 50, n. 2, p. 58-61, 11 jan 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método , 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SÁ, Alvino Augusto de. **Prisionização**: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. Revista IBCCRIM, São Paulo, n. 21, p. 117-123, jan. 1998. . Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/rbccrim/36-/?ano_filtro=2002>. Acesso em: 20 maio 2017.

DJE, Diário de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 003/2015**. Ano VII. Ed. 1814. São Paulo: 27 jan 2015. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Texto publicado no Livro de Tese da XV Conferência Nacional da OAB, ética, democracia e justiça. Foz do Iguaçu, 1994. p. 108-109, apud ALVARENGA, Lucia Barros Freitas de. Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza – dimensão hermenêutica para realização constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. Disponível em: < <https://s.conjur.com.br/dl/regulamentacao-audiencia-custodia.pdf><http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637f>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SENADO FEDERAL. **Senado aprova regulamentação de audiência de custódia.** Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Lewandowski participa do lançamento de audiência de custódia.** Sexta-feira: 17 jul 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=295895>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

VASCONCELLOS, Jorge. **Lewandowski destaca fortalecimento da Justiça junto ao sistema carcerário.** CNJ: 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79482-lewandowski-destaca-fortalecimento-da-justica-junto-ao-sistema-carcerario>>. Acesso em: 30 jan. 2017.